Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA MELCHIORA WATHELETA
izneseno 23. travnja 2015.[1]

Predmet C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
protiv
Airgest SpA

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Italija))

„Direktiva 89/665/EEZ – Javna nabava – Tužba za poništenje akta o dodjeli ugovora o javnoj nabavi – Protutužbe kojima se osporava sudjelovanje u javnoj nabavi neuspješnih ponuditelja – Pravilo nacionalne sudske prakse u skladu s kojim nacionalni sud može odlučivati o osnovanosti glavne tužbe samo ako protutužba nije osnovana – Obveznost načela koja utvrdi nacionalni visoki upravni sud na općoj sjednici, čak i u slučaju kada nisu sukladna s pravom Unije – Presuda Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) – Članak 267. UFEU-a – Nadređenost – Usklađeno tumačenje“

I – **Uvod**

1. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku odnosi se, s jedne strane, na tumačenje članka 1. stavka 3. Direktive Vijeća 89/665/EEZ od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima[2], kako je izmijenjena Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007.[3] (u daljnjem tekstu: Direktiva 89/665), i, s druge strane, na tumačenje članka 267. UFEU-a kao i na načela nadređenosti prava Unije i usklađenog tumačenja.

2. Naime, prethodna pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (vijeće upravnog suda regije Sicilija, Italija), odnose se na dva različita pravna pitanja. Prvo prethodno pitanje odnosi se na doseg presude Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), dok se drugim postavlja pitanje tumačenja članka 267. UFEU-a u slučaju nacionalnog zakonodavstva kojim se nalaže sudu da predmet uputi svojoj općoj sjednici u slučaju sumnje u usklađenost s pravom Unije načela prava koje on utvrdi.

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — SL L 395, str. 33. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 6., str. 3.)

3 — SL L 335, str. 31. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 198.)

II – **Pravni okvir**

A – *Pravo Unije*

3. Članak 1. Direktive 89/665, pod nazivom „Područje primjene i dostupnost postupaka pravne zaštite”, propisuje:

„1. Ova se Direktiva primjenjuje na ugovore navedene u Direktivi 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama [(SL L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.)], osim ako su takvi ugovori izuzeti u skladu s člancima 10. do 18. te Direktive.

Ugovori u smislu značenja ove Direktive uključuju ugovore o javnoj nabavi, okvirne sporazume, koncesije za javne radove i dinamičke sustave nabave.

Države članice poduzimaju mjere potrebne da osiguraju da, vezano uz ugovore koji spadaju u područje primjene Direktive 2004/18/EZ, odluke koje donose javni naručitelji mogu biti učinkovito preispitane i, posebno, što je hitnije moguće u skladu s uvjetima navedenim u člancima 2. do 2.f ove Direktive, zbog toga što se takvim odlukama krši pravo Zajednice u području javne nabave ili nacionalna pravila u kojima je preneseno to pravo.

[…]

3. Države članice osiguravaju da su, prema detaljnim pravilima koja mogu utvrditi države članice, postupci pravne zaštite dostupni barem svakoj osobi koja ima ili je imala interes za dobivanje određenog ugovora i koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu zbog navodnog kršenja.

[…]”

4. Članak 2. te direktive, pod nazivom „Zahtjevi za postupke pravne zaštite”, u stavku 1. propisuje:

„Države članice osiguravaju da mjere poduzete u vezi s postupcima pravne zaštite navedenim u članku 1. uključuju ovlasti da:

[…]

b) se ukinu ili se osigura ukidanje nezakonito donesenih odluka […]”

B – *Talijansko pravo*

1. Ustav

5. Sukladno članku 111. posljednjem stavku Ustava, „dopušteno je podnošenje revizije protiv odluka Consiglia di Stato [...] zbog razloga u vezi s nadležnošću”.

2. Zakonik o upravnom postupku

6. Zakonodavnim dekretom br. 104 od 2. srpnja 2010. (redovni dodatak GURI-ju br. 156 od 7. srpnja 2010.) donesen je Zakonik o upravnom postupku.

7. Sukladno članku 6. stavku 1. tog zakonika, „Consiglio di Stato upravni je sud koji odlučuje u posljednjem stupnju”. Stavkom 6. nadalje je propisano da se „pravni lijekovi protiv odluka Tribunale amministrativa regionale della Sicilia [(regionalni upravni sud, Sicilija)] podnose Consigliu di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, uz primjenu odredbi posebnog statuta i odgovarajućih provedbenih odredbi.”

8. Članak 42. tog zakonika propisuje da „[t]uženici i intervenijenti mogu podnositi zahtjeve u vezi s glavnim zahtjevom putem protutužbe”.

9. Konačno, sukladno članku 99.:

„1. Ako vijeće kojem je dodijeljena tužba utvrdi da u vezi s pravnim pitanjem koje mu je podneseno postoji ili bi mogla postojati različita sudska praksa, ono može rješenjem donesenim na zahtjev stranaka ili po službenoj dužnosti uputiti tužbu općoj sjednici. Ako utvrdi da je to primjereno, opća sjednica može vratiti spise vijeću.

2. Prije donošenja odluke, predsjednik Consiglia di Stato (Državno vijeće) na zahtjev stranaka ili po službenoj dužnosti može uputiti bilo koju tužbu općoj sjednici radi odlučivanja o načelnim pitanjima od najveće važnosti ili kako bi se otklonila razilaženja u sudskoj praksi.

3. Ako vijeće kojem je dodijeljena tužba ocijeni da se ne slaže s pravnim načelom koje utvrdi opća sjednica, obrazloženim rješenjem uputit će joj odluku o tužbi.

4. Opća sjednica odlučit će o ukupnom sporu, osim ako odluči donijeti odluku o pravnom načelu i u ostalom dijelu predmet vratiti vijeću koje joj ga je uputilo.

5. Ako ocijeni da je pitanje osobito važno, opća sjednica može u svakom slučaju donijeti odluku o pravnom načelu u zakonskom interesu, čak i ako tužbu proglasi nedopuštenom ili neprihvatljivom ili odluči da postoji zapreka vođenju postupka ili prekine postupak. U tom slučaju, odluka opće sjednice neće utjecati na pobijanu mjeru.”

3. Zakonodavni dekret br. 373 od 24. prosinca 2003.

10. Dana 24. prosinca 2003. talijanski zakonodavac donio je Zakonodavni dekret br. 373 pod naslovom „Pravila primjene posebnog statuta regije Sicilije u vezi s obavljanjem funkcija Consiglia di Stato u regiji” (redovni dodatak GURI-ju br. 10 od 14. siječnja 2004.).

11. Sukladno članku 1. stavku 2., „Consiglio di giustizia amministrativa [per la Regione siciliana] ima sjedište u Palermu i sastoji se od dvaju vijeća, savjetodavnog i sudskog, koja predstavljaju izdvojena vijeća Consiglia di Stato”.

III – **Činjenice u glavnom postupku**

12. Pozivom na nadmetanje objavljenim 18. siječnja 2012. Airgest SpA, društvo koje upravlja civilnom zračnom lukom Trapani-Birgi (Italija), započeo je otvoreni postupak javne nabave radi dodjele ugovora o uslugama čišćenja i održavanja zelenih površina te civilne zračne luke.

13. Konačnom odlukom o odabiru od 22. svibnja 2012. ugovor je dodijeljen privremenom zajedničkom pothvatu (u daljnjem tekstu: privremeni zajednički pothvat) između Gestione Servizi Ambientali Srl (u daljnjem tekstu: GSA) i Zenith Services Group Srl.

14. Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (u daljnjem tekstu: PFE), koji je također sudjelovao u postupku javne nabave i bio svrstan na drugo mjesto, pobijao je tu odluku pred Tribunale amministrativo regionale della Sicilia. Među ostalim, zahtijevao je poništenje odluke o odabiru i, posljedično, da mu se dodijeli ugovor.

15. U prilog svojoj tužbi PFE je tvrdio da je javni naručitelj trebao isključiti privremeni zajednički pothvat uspješnog ponuditelja zbog povrede članka 38. prvog podstavka točaka (h) i (m) Zakonodavnog dekreta br. 163 od 12. travnja 2006. o zakoniku o javnoj nabavi za radove, usluge i isporuke na temelju direktiva 2004/17/EZ i 2004/18/EZ (GURI br. 100 od 2. svibnja 2006.) i točke III.2.1. poziva na nadmetanje kao i točke (c) dokumentacije za nadmetanje.

16. GSA, glavni poduzetnik privremenog zajedničkog pothvata, uključio se u postupak i podnio protutužbu kojom se tvrdi da PFE nema pravni interes za podnošenje svoje tužbe. Ta se protutužba, među ostalim, temeljila na činjenici da, kako tvrdi GSA, PFE nije ispunjavao uvjete za sudjelovanje u postupku javne nabave zbog nepreciznosti svoje ponude te je stoga morao biti isključen iz tog postupka.

17. Tribunale amministrativo regionale della Sicilia ispitao je argumente dviju strana i prihvatio obje tužbe.

18. Nakon te presude, javni naručitelj isključio je sporne poduzetnike. Nakon nadzora izvršenog sukladno toj presudi, također je isključio sve druge poduzetnike koji su prvotno bili uključeni u poredak zbog istog nedostatka nepostojanja posebnog navoda o troškovima osiguranja. Potom je pokrenut pregovarački postupak za dodjelu ugovora o gore navedenim uslugama.

19. PFE je podnio žalbu protiv presude Tribunalu amministrativo regionale della Sicilia sudu koji je uputio zahtjev, a GSA je podnio protužalbu zbog toga što, među ostalim, spomenuti Tribunale nije poštovao redoslijed ispitivanja tužbi uspostavljen presudom br. 4/2011 opće sjednice Consiglia di Stato (u daljnjem tekstu: presuda br. 4/2011) u skladu s kojom, u slučaju protutužbe kojom se osporava dopuštenost glavne tužbe, protutužbu valja ispitati prije glavne tužbe.

20. U svojem zahtjevu za prethodnu odluku sud koji je uputio zahtjev podsjeća da je načelo uspostavljeno presudom br. 4/2011 već bilo predmet razmatranja u prethodnom postupku u kojem je donesena presuda Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

21. U predmetu u kojem je donesena ta presuda javni naručitelj prethodno je odabrao dva ponuditelja te ih je pozvao da podnesu ponude. Procijenivši da ponudom uspješnog ponuditelja nije poštovana dokumentacija za nadmetanje, neuspješni ponuditelj podnio je tužbu. Posljedično je uspješni ponuditelj podnio protutužbu kojom se tvrdi da je odbijenu ponudu trebalo isključiti i zbog toga što nije ispunjavala jedan od minimalnih uvjeta propisanih dokumentacijom za nadmetanje.

22. Nacionalni sud pred kojim se vodio postupak, Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionalni upravni sud, Pijemont), tvrdio je da obje ponude nisu ispunjavale uvjete i da je stoga valjalo usvojiti obje tužbe, glavnu tužbu i protutužbu, zbog čega je valjalo poništiti ukupan postupak javne nabave. Međutim, na temelju pravnog načela uspostavljenog presudom br. 4/2011, protutužbu je trebalo ispitati prije glavne tužbe, s obzirom na to da se protutužba odnosila na aktivnu procesnu legitimaciju tužitelja u glavnom postupku, osporavajući njegovo sudjelovanje u postupku javne nabave.

23. Sud, kojem je Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte uputio zahtjev za prethodnu odluku, smatrao je da protutužba uspješnog ponuditelja ne može dovesti do odbijanja glavne tužbe ponuditelja ako se valjanost ponude svakog gospodarskog subjekta osporava u okviru istog postupka i zbog jednakih razloga. Naime, u takvoj situaciji svaki konkurent može isticati valjan interes za

isključivanje drugih ponuda [4].

24. Posljedično, odlučio je da se članak 1. stavak 3. Direktive 89/665 protivi tomu da se tužba koju podnese neuspješni ponuditelj proglasi nedopuštenom na temelju prethodnog ispitivanja prigovora nedopuštenosti koji podnese uspješni ponuditelj, a da se ne odluči o sukladnosti s tehničkim specifikacijama propisanima u dokumentaciji za nadmetanje ponude uspješnog ponuditelja i ponude ponuditelja koji je podnio glavnu tužbu [5].

25. Neovisno o tome, sud koji je uputio zahtjev Sudu skreće pozornost na činjenicu da je u predmetu u glavnom postupku, za razliku od predmeta u kojem je donesena presuda Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), sudjelovalo više od dva poduzetnika, iako su samo dva poduzetnika stranke u glavnom postupku.

26. Sud koji je uputio zahtjev Sudu skreće pozornost i na pravilo uspostavljeno člankom 99. stavkom 3. Zakonika o upravnom postupku, sukladno kojem, ako taj sud želi odstupiti od sudske prakse koju utvrdi opća sjednica Consiglia di Stato, dužan je uputiti spornu odluku toj istoj općoj sjednici.

27. Posljedično, s obzirom na posebnosti postupka u kojem je trebao donijeti odluku, sud koji je uputio zahtjev odlučio je Sudu uputiti pitanje o tumačenju članka 1. stavka 3. Direktive 89/665 i o tumačenju članka 267. UFEU-a.

IV – **Zahtjev za prethodnu odluku i postupak pred Sudom**

28. Odlukom od 26. rujna 2013., koju je Sud zaprimio 24. prosinca 2013., Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana odlučio je prekinuti postupak i uputiti Sudu, na temelju članka 267. UFEU-a, sljedeća prethodna pitanja:

„1. Jesu li načela koja je Sud Europske unije prepoznao presudom [Fastweb (C 100/12, EU:C:2013:448)], kada je riječ o specifičnom slučaju koji je predmet zahtjeva za prethodnu odluku, u kojem su samo dva poduzetnika sudjelovala u postupku dodjele javne nabave, zbog sličnosti u osnovi konkretnog slučaja primjenjiva i na slučaj koji je predmet nadzora Consiglia, a u kojem je naručitelj isključio sve poduzetnike koji sudjeluju u postupku javne nabave, iako ih je u početku bilo više od dva, a da pritom poduzetnici različiti od onih koji su uključeni u ovaj postupak nisu osporavali to isključenje, tako da je spor o kojem Consiglio vodi postupak faktički ograničen samo na dva poduzetnika?

2. Ograničavajući se samo na pitanja o kojima se može odlučiti primjenom prava Europske unije, je li članak 99. stavak 3. Zakonika o upravnom postupku – u dijelu u kojem ta odredba određuje da su pravna načela usvojena na općoj sjednici obveziva za sva vijeća i odjele Consiglia di Stato, čak i kad je očito da je na toj sjednici potvrđeno ili bi moglo biti potvrđeno načelo koje je u suprotnosti ili je nespojivo s pravom Europske unije – u suprotnosti s tumačenjem tog prava i osobito s člankom 267. UFEU-a? Te posebno,

   — treba li vijeće ili odjel Consiglia di Stato koji postupa u predmetu, u slučaju kada dvoji o tome je li pravno načelo o kojem se već očitovala opća sjednica u suprotnosti ili nespojivo s pravom Europske unije, donošenjem obrazloženog rješenja spor uputiti na općU sjednicu, čak i prije eventualnog upućivanja zahtjeva za prethodnu odluku Sudu Europske unije radi utvrđivanja je li sporno načelo u skladu i spojivo s pravom Europske unije, ili pak vijeće ili odjel Consiglia di

4 — Presuda Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, t. 33.)

5 — *Ibidem* (t. 34. i izreka)

Stato može odnosno treba, kao sud države članice koji odlučuje u zadnjem stupnju, samostalno kao redovni sud po pravu Europske unije postaviti Sudu prethodno pitanje o ispravnom tumačenju tog prava?

— U slučaju da je odgovor na pitanje postavljeno u prethodnom paragrafu takav da se svakom vijeću ili odjelu Consiglia di Stato priznaje mogućnost ili obveza da Sudu Europske unije izravno postavi prethodno pitanje ili, u svim slučajevima u kojima je Sud Europske unije na neki način zauzeo stajalište, posebno ako je Sud to učinio nakon opće sjednice Consiglia di Stato, potvrđujući da postoji odstupanje ili djelomična neusklađenost između načela nacionalnog prava o kojem se očitovala opća sjednica i ispravnog tumačenja prava Europske unije, može li odnosno treba li svako vijeće ili odjel Consiglia di Stato, kao suda zadnjeg stupnja po pravu Europske unije, neposredno primijeniti ispravno tumačenje prava Unije koje je dao Sud Europske unije, ili je naprotiv i u tim slučajevima dužan donošenjem obrazloženog rješenja uputiti spor na opću sjednicu, s posljedicom da se općoj sjednici povjerava isključivo pravo procjene kao i ovlast sudskog nadzora primjene prava Europske unije, kako je to pravno obvezivo utvrdio Sud Europske unije?

— Konačno, ne bi li tumačenje sustava upravnog postupka Talijanske Republike na način da se općoj sjednici povjerava isključivo pravo procjene eventualne odluke o upućivanju zahtjeva za prethodnu odluku Sudu Europske unije, ili čak samo rješavanje spora, kad ono izravno slijedi iz primjene načela prava Europske unije o kojima se Sud već očitovao, bilo u suprotnosti ne samo s načelom suđenja u razumnom vremenskom roku i brzog rješavanja po tužbama u postupcima javne nabave nego i sa zahtjevom potpune i brižljive provedbe prava Europske unije svakog od sudova država članica, na način koji je obvezno u skladu s ispravnim tumačenjem koje je uspostavio Sud Europske unije, pa tako i u cilju širenja u najvećoj mjeri načela korisnog učinka i nadređenosti prava Europske unije nacionalnom (ne samo materijalnom već i procesnom) pravu pojedine države članice (u konkretnom slučaju članku 99. stavku 3. Zakonika o upravnom postupku Talijanske Republike)?”

29. PFE, GSA, talijanska vlada i Europska komisija podnijeli su pisana očitovanja. Također su se očitovali na raspravi održanoj 11. ožujka 2015.

V – **Analiza**

A – *Prvo prethodno pitanje*

30. Svojim prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev pita primjenjuje li se tumačenje članka 1. stavka 3. Direktive 89/665 Suda u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) u slučaju u kojem je naručitelj isključio sve poduzetnike koji su sudjelovali u spornom postupku javne nabave, iako ih je u početku bilo više od dva, a da pritom to isključenje nisu osporavali poduzetnici različiti od onih koji su uključeni u glavni postupak, koji je ograničen samo na dva poduzetnika.

31. Kako bi se odgovorilo na to pitanje, čini mi se nužnim najprije istražiti konkretan učinak tumačenja Suda u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), kako bi se potom utvrdilo utječe li na taj učinak broj kandidata ili u odnosu na njega predstavlja uvjet. Naime, iako se čini da broj poduzetnika u glavnom postupku nema utjecaja na učinke primjene pravila onako kako ga tumači Sud, sudu koji je uputio zahtjev treba dati potvrdan odgovor. Obratno, ako se ustanovi da članak 1. stavak 3. Direktive 89/665, kako ga je protumačio Sud u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), ne može imati učinak u situaciji kao što je ona u glavnom postupku, onda na prvo prethodno pitanje treba dati negativan odgovor.

1. Utvrđivanje učinaka tumačenja članka 1. stavka 3. Direktive 89/665 u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

32. U predmetu u kojem je donesena presuda Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) odlučujući je element činjenica da odabrana ponuda pogrešno nije bila isključena u fazi ispitivanja ponuda premda nije bila sukladna s tehničkim specifikacijama propisanima u dokumentaciji za nadmetanje [6].

33. Sud smatra da u okviru postupka koji pokrene ponuditelj „protutužba uspješnog ponuditelja ne može dovesti do odbijanja ponuditeljeve tužbe ako se valjanost ponude svakog gospodarskog subjekta osporava u okviru istog postupka i zbog jednakih razloga [jer] u takvoj situaciji *svaki konkurent može isticati valjan interes za isključivanje drugih ponuda, što može dovesti do utvrđivanja nemogućnosti javnog naručitelja da odabere valjanu ponudu*” [7].

34. Obveza koja proizlazi iz tih utvrđenja je, dakle, zabrana proglašavanja nedopuštenom glavne tužbe isključenog ponuditelja na temelju prethodnog ispitivanja prigovora nedopuštenosti koji je protutužbom podnio uspješni ponuditelj bez donošenja odluke o sukladnosti obiju ponuda [8]. Ako se utvrdi da obje ponude nisu sukladne, konkretna je posljedica te obveze nemogućnost da javni naručitelj odabere valjanu ponudu, zbog čega se mora provesti novi postupak javne nabave.

2. Primjenjivost tumačenja članka 1. stavka 3. Direktive 89/665 u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

35. U predmetu u glavnom postupku bilo je više od dva poduzetnika kojima je omogućeno sudjelovanje u spornom postupku. Međutim, iz pojašnjenja koja je dostavio sud koji je uputio zahtjev proizlazi da, osim tužitelja u glavnom postupku (i poduzetnika uspješnog ponuditelja u postupku povodom protutužbe), nijedan drugi poduzetnik isključen iz postupka javne nabave nije osporavao svoje isključenje pred upravnim tijelom ili sudom.

36. U takvim okolnostima, ako sud pred kojim se vodi postupak utvrdi nepravilnost dviju ponuda o kojima je riječ, naručitelj nije obvezan provesti novi postupak javne nabave nego može, ovisno o slučaju, odlučiti dodijeliti ugovor drugom poduzetniku s poretka koji je načinio javni naručitelj.

37. S tim u vezi, nije isključeno da neka nepravilnost zbog koje su poništene ponude tužitelja u glavnom postupku i uspješnog ponuditelja ujedno poništi sve podnesene ponude. U tim okolnostima naručitelj bi nužno morao pokrenuti novi postupak [9].

38. U tim okolnostima, jednako kao što je odlučio Sud u točki 33. presude Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), „svaki konkurent može isticati valjan interes za isključivanje drugih ponuda, što može dovesti do utvrđivanja nemogućnosti javnog naručitelja da odabere valjanu ponudu”.

6 — Vidjeti točku 32. te presude.

7 — *Ibidem* (t. 33.). Moje isticanje.

8 — Vidjeti presudu Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, t. 34. i izreka).

9 — Ta je situacija, uostalom, čini se, nastala u glavnom postupku, sukladno opisu suda koji je uputio zahtjev (vidjeti točku C4, str. 12. zahtjeva za prethodnu odluku) i informacijama koje su dostavile stranke u glavnom postupku (vidjeti str. 2. pisanih očitovanja PFE-a i točku 9. pisanih očitovanja GSA-a).

39. U tom smislu dalje ističem da u toj presudi namjera Suda nije bila ograničiti svoje utvrđenje na slučaj postupka javne nabave u kojem interes iskažu svega dva poduzetnika (te stoga samo na dvije podnesene ponude), s obzirom na to da on načelno razmatra valjani interes koji ima „svaki konkurent” [10] ne za isključenje druge ponude, nego „*drugih*” ponuda [11].

40. Stoga ocjenjujem da se obveza koju je utvrdio Sud u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) – i u skladu s kojom članak 1. stavak 3. Direktive 89/665 zabranjuje proglašavanje nedopuštenom glavne tužbe isključenog ponuditelja na temelju prethodnog ispitivanja prigovora nedopuštenosti koji je protutužbom podnio uspješni podnositelj [12] – primjenjuje i u okolnostima glavnog postupka.

3. Mogući utjecaj razlike između razloga za nepravilnost navedenih u prilog glavnoj tužbi i protutužbi

41. Formalno, sud koji je uputio zahtjev ograničio je relevantni činjenični kontekst na činjenicu da je naručitelj isključio sve poduzetnike koji su sudjelovali u postupku javne nabave, iako ih je bilo više od dva, a da pritom to isključenje nisu osporavali poduzetnici različiti od onih koji su uključeni u ovaj postupak, na način da je spor koji je pred njim pokrenut ograničen samo na ta dva poduzetnika.

42. Objasnio sam ranije zašto ta posebnost ne utječe na primjenu pravila koje je Sud ustanovio u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

43. U svojim pisanim očitovanjima, potvrđenima na raspravi, GSA ipak navodi drugi razlikovni kriterij u odnosu na presudu Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448). GSA, naime, tvrdi da se tumačenje iz te presude primjenjuje samo ako su nedostaci navedeni u prilog glavnoj tužbi i protutužbi *jednaki*.

44. Sukladno njegovim objašnjenjima, njegova se protutužba temelji na razlogu različitom od onoga koji ističe PFE u prilog glavnoj tužbi. PFE traži poništenje dodjele ugovora o javnoj nabavi GSA-u zbog povrede obveze očitovanja koju imaju ponuditelji; on, dakle, ističe razlog koji se odnosi na formalnu nepravilnost. Za razliku od toga, GSA traži isključenje PFE-a zbog nepreciznosti njegove ponude, odnosno nepravilnosti koja se odnosi na meritum spora.

45. U tom smislu najprije navodim da upotreba množine u jeziku postupka (talijanski) („nell’ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*” [13]) i općenitijeg izraza „jednaki” u jeziku vijećanja (francuski) govori u korist širokom tumačenju pojma „jednakih *razlogâ*” (a ne *razloga*) navedenih u prilog svakoj od dviju tužbi [14]. Posebna priroda posve jednakih razloga potkrjepljuje to tumačenje.

46. Nadalje, smatram da jednaki prigovori navedeni u prilog glavnoj tužbi i protutužbi, poput mnogih ponuditelja, nisu odlučujući element u tumačenju Suda članka 1. stavka 3. Direktive 89/665 u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

10 — Presuda Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, t. 33.). Moje isticanje.

11 — *Idem*, moje isticanje. Sukladno verziji te presude na talijanskom jeziku (vjerodostojan jezik postupka), „ciascuno *dei concorrenti* può far valere un analogo interesse legittimo all’esclusione dell’offerta *degli atri*, che può indurre l’amministrazione aggiudicatrice a constatare l’impossibilità di procedere alla scelta di un’offerta regolare” (moje isticanje).

12 — Vidjeti točku 34. i izreku presude Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

13 — Presuda Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, t. 33.). Moje isticanje.

14 — Kako je to već istaknula nezavisna odvjetnica J. Kokott u vezi s jednom presudom Općeg suda Europske unije, kada francuska verzija nije vjerodostojna (jer francuski nije jezik postupka), ali je preciznija od verzije sastavljene na jeziku postupka, ta jezična verzija „u kojoj je pobijana presuda načinjena i u kojoj je o njoj vijećano ipak može sadržavati dodatne indicije u odnosu na ono što je Opći sud zapravo želio izraziti” (mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, t. 253.).

47. Naime, kada Sud u točki 33. te presude navodi da „protutužba uspješnog ponuditelja ne može dovesti do odbijanja tužbe ponuditelja ako se valjanost ponude svakog gospodarskog subjekta osporava u okviru istog postupka i zbog jednakih razloga”, bit je, kao što sam to već ranije objasnio, u činjenici da „svaki konkurent može imati valjan interes za isključivanje drugih ponuda, što može dovesti do utvrđivanja nemogućnosti javnog naručitelja da odabere valjanu ponudu” [15].

48. Te dvije rečenice zajedno čine jednu te istu točku presude te se stoga ne mogu tumačiti neovisno jedna o drugoj.

49. Stoga dijelim Komisijino mišljenje u dijelu u kojem u svojim pisanim očitovanjima navodi da je odlučujuća činjenica da glavna tužba i protutužba čine valjan interes za ponovno pokretanje postupka javne nabave.

50. Međutim, u glavnom se postupku čini – a što detaljnije treba ispitati sud koji je uputio zahtjev – da razlozi koje su istaknuli PFE i GSA, iako nisu jednaki, mogu biti slični (s obzirom na to da se odnose na pravilnost druge ponude) i u svakom slučaju za svaki gospodarski subjekt pred sudom koji je uputio zahtjev čine „valjan interes za isključivanje drugih ponuda”, u smislu presude Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

51. Nadalje, kako je to istaknula Komisija na raspravi od 11. ožujka 2015., uz očuvanje interesa ponuditelja, pravilo koje je uspostavio Sud u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) štiti interes naručitelja, koji mora biti u mogućnosti izabrati najbolju valjanu ponudu. Stroga primjena kriterija „jednakih razloga” istaknutih u prilog glavnoj tužbi i protutužbi u glavnom postupku mogla bi dovesti do toga da javni naručitelj mora dodijeliti ugovor o javnoj nabavi poduzetniku čija je ponuda, međutim, bila nevaljana.

4. Međuzaključak

52. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prvo prethodno pitanje odgovori da se tumačenje članka 1. stavka 3. Direktive 89/665 u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) primjenjuje i u slučaju u kojem, s jedne strane, tužbu podnese samo jedan ponuditelj iako je više poduzetnika sudjelovalo u postupku javne nabave i ako, s druge strane, uspješni ponuditelj podnese protutužbu u okviru istog postupka te ako i ponuditelj tužitelj i uspješni ponuditelj imaju valjan interes za isključivanje drugoga gospodarskog subjekta.

B – *Drugo prethodno pitanje*

53. Svojim drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita protivi li se članak 267. UFEU-a mehanizmu uspostavljenom člankom 99. stavkom 3. Zakonika o upravnom postupku, koji propisuje obvezno upućivanje svakog vijeća Consiglia di Stato općoj sjednici tog tijela, u slučaju da to vijeće smatra nužnim odstupiti od pravnog načela koje je utvrdila ta opća sjednica. Sud koji je uputio zahtjev pita sprečava li ga taj mehanizam, na prvome mjestu, da postavi prethodno pitanje Sudu ili, na drugome mjestu, da neposredno i samostalno odluči u skladu s pravom Unije neovisno o tom mehanizmu.

54. Budući da je sud koji je uputio zahtjev svojim prvim prethodnim pitanjem odlučio pitati Sud o tumačenju primjenjive direktive, mogla bi se dovesti u pitanje nužnost odgovaranja na prvi dio drugog prethodnog pitanja.

15 — Presuda Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, t. 34.)

55. Međutim, jednako kao što je Sud odlučio odgovoriti na sva pitanja postavljena u predmetu u kojem je donesena presuda Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), ocjenjujem da bi „bilo protivno duhu suradnje koji mora postojati u odnosima između nacionalnih sudova i Suda kao i zahtjevima ekonomičnosti postupka zahtijevati da nacionalni sud najprije mora podnijeti zahtjev za prethodnu odluku u kojem se postavlja samo pitanje je li on sud u smislu članka [267.] trećeg stavka [UFEU-a], prije nego što eventualno bude morao postaviti, poslije toga te u drugom zahtjevu za prethodnu odluku, pitanja koja se odnose na odredbe prava Zajednice u vezi s meritumom spora koji se pred njim vodi" [16].

56. Međutim, prije odgovora na taj dio prethodnog pitanja, ispitat ću njegov drugi dio, odnosno nadležnost suda koji je uputio zahtjev za neposredno odlučivanje sukladno pravu Unije.

1. Nadležnost suda koji je uputio zahtjev za neposredno odlučivanje sukladno pravu Unije

57. Budući da je sud koji je uputio zahtjev odlučio Sudu postaviti prethodno pitanje na temelju članka 267. UFEU-a, odgovor na drugi dio naveden u drugom prethodnom pitanju nalazi se u stalnoj sudskoj praksi Suda na temelju koje je sud u odnosu na odluku u glavnom postupku vezan tumačenjem predmetnih odredbi Suda u odgovoru na prvo postavljeno pitanje. Sud koji je uputio pitanje stoga mora odstupiti od pravnog načela ustanovljenog u presudi br. 4/2011 ako procijeni da, nakon prethodno navedenog tumačenja Suda, ono nije sukladno pravu Unije [17].

58. Nadalje ističem da je opća sjednica Consiglia di Stato presudom br. 9/2014 od 25. veljače 2014. (u daljnjem tekstu: presuda br. 9/2014) izmijenila pravno načelo koje je ustanovila u presudi br. 4/2011. Ako se to pravno načelo, kako je izmijenjeno, i u ovom predmetu može tumačiti na način sukladan značenju koje je Sud dao članku 1. stavku 3. Direktive 89/665 u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), od njega ne treba odstupiti. Zapravo je zahtjev za tumačenje nacionalnog prava u skladu s pravom Unije inherentan Ugovoru, jer nacionalnom sudu omogućuje osiguranje, u okviru svojih nadležnosti, pune učinkovitosti prava Unije kada odlučuje o sporu koji se pred njim vodi [18].

59. Naime, načelo tumačenja nacionalnog prava u skladu s pravom Unije zahtijeva da nacionalni sudovi učine sve što je u njihovoj nadležnosti, uzimajući u obzir ukupno nacionalno pravo i primjenjujući njime priznate metode tumačenja, kako bi se osigurala puna učinkovitost Direktive 89/665 i postiglo rješenje sukladno njezinu cilju [19].

60. Međutim, ako se pravno načelo proglašeno presudom br. 4/2011, kako je izmijenjena presudom br. 9/2014, ne bi moglo tumačiti u skladu s člankom 1. stavkom 3. Direktive 89/665, sud koji je uputio zahtjev ne bi imao druge mogućnosti nego ne primijeniti ga [20] na temelju nadređenosti prava Unije [21].

16 — Točka 70. Nadalje, kako je sam Sud već pojasnio, on je „već odgovorio na pitanje u vezi s prirodom nacionalnog suda s obzirom na članak [267.] treći stavak [UFEU-a] u kontekstu koji ima određene sličnosti s kontekstom ovog zahtjeva za prethodnu odluku a da nije doveo u pitanje dopuštenost tog pitanja [u presudi Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329)]" (t. 71.). To je također bio slučaj u predmetu u kojem je donesena presuda Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363).

17 — Vidjeti također u tom smislu presude Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, t. 30.) i Križan i dr. (C-416/10, EU:C:2013:8, t. 69.).

18 — Vidjeti presude Pfeiffer i dr. (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, t. 114.); Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, t. 48.); Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, t. 24.) i Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, t. 28.). Sukladno stalnoj sudskoj praksi, nacionalni sud pozvan da tumači svoje nacionalno pravo dužan je to učiniti koliko je god moguće u odnosu na tekst i cilj predmetne direktive kako bi postigao cilj koji ona propisuje (osim presuda prethodno navedenih u ovoj bilješci, vidjeti također glavne presude von Colson i Kamann (14/83, EU:C:1984:153, t. 26.) i Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, t. 8.)).

19 — Vidjeti, među ostalim, presude Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, t. 27.) i Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, t. 29.).

20 — Vidjeti, među ostalim, s obzirom na Direktivu 89/665, presudu Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, t. 49.). Iako Sud sada stalno tvrdi da se „pitanje treba li nacionalna odredba u mjeri u kojoj se protivi pravu Unije ostati neprimijenjena postavlja samo ako nikakvo tumačenje te odredbe u skladu s pravom Unije nije moguće" (presude Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, t. 23.) i Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, t. 27.) ili novija presuda Spedition Welter (C-306/12, EU:C:2013:650, t. 28.)), obveza „odstupanja", potvrđena u presudi Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, t. 21. i 24.), ne dovodi se u pitanje. Vidjeti u tom smislu izreku presude Amia (C-97/11, EU:C:2012:306) i presudu A (C-112/13, EU:C:2014:2195, t. 36.).

21 — Vidjeti u tom smislu presudu Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, t. 54.).

61. U tom smislu, iako se to pitanje u ovom slučaju ne postavlja – budući da je Sudu upućeno prethodno pitanje – valja navesti da obveza nacionalnog suda da ne primijeni odredbu nacionalnog prava u suprotnosti s pravom Unije i koju nije moguće tumačiti u skladu s pravom Unije ne utječe na načelo u skladu s kojim nacionalni sud ne može biti „prisiljen niti mu može biti zabranjeno podnijeti Sudu zahtjev za donošenje prethodne odluke” [22].

62. Ipak ostaje pitanje utjecaja koji bi mogao imati članak 267. UFEU-a na postupovno pravilo poput onog propisanog člankom 99. Zakonika o upravnom postupku.

2. Utjecaj članka 267. UFEU-a na sustav obveznog upućivanja općoj sjednici Consiglia di Stato

63. Na prvome mjestu, moram se složiti s tvrdnjom nezavisnog odvjetnika Mazáka u skladu s kojom je Sud, u postupcima u kojima su odredbe nacionalnog prava ograničavale mogućnost nacionalnog suda da postavi prethodno pitanje na temelju članka 267. UFEU-a, „sustavno odlučivao u smislu što šire mogućnosti nacionalnih sudova da Sudu postave pitanja o valjanosti i tumačenju prava Unije” [23].

64. Tri utvrđenja potkrepljuju tu opću tvrdnju:

— prvo, Sud je utvrdio, u odnosu na sudove koji ne odlučuju u posljednjem stupnju, da oni trebaju „biti slobod[ni], ako smatra[ju] da bi zbog ocjene prava višeg suda mog[li] donijeti presudu protivnu pravu [Unije], uputiti [mu] […] svoja pitanja” [24];

— drugo, nacionalni sudovi protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka dužni su na temelju članka 267. trećeg stavka UFEU-a uputiti Sudu pitanje u vezi s tumačenjem prava Unije kako bi „spriječili da se u nekoj državi članici oblikuje praksa nacionalnog suda koja nije u skladu s pravilima prava [Unije]” [25], i

— treće, Sud je presudio da nacionalnom sudu pred kojim se vodi spor u vezi s pravom Unije, koji smatra da odredba nacionalnog prava nije samo protivna pravu Unije nego i neustavna, nije uskraćena mogućnost niti je oslobođen obveze, propisane člankom 267. UFEU-a, uputiti Sudu pitanja koja se odnose na tumačenje ili valjanost prava Unije zbog toga što za utvrđenje neustavnosti pravila nacionalnog prava obvezno treba pokrenuti postupak pred ustavnim sudom [26].

65. Upravo unutar tog preciznog konteksta valja odgovoriti na drugo prethodno pitanje suda koji je uputio zahtjev.

22 — *Ibidem* (t. 53.)

23 — Stajalište nezavisnog odvjetnika Mazáka u predmetima Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:319, t. 62.). Vidjeti također, s obzirom na potvrdu načela od strane Suda, presudu Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, t. 3.) i, s obzirom na njegovo stalno potvrđivanje, presude Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, t. 44.); Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351, t. 20.) i Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, t. 88.). Sudska praksa nakon mišljenja nezavisnog odvjetnika Mazáka nije bila suprotna tom utvrđenju: vidjeti presude Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, t. 41.); Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, t. 26.); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, t. 61.); Križan i dr. (C-416/10, EU:C:2013:8, t. 64.) ili nedavnu A (C-112/13, EU:C:2014:2195, t. 35.).

24 — Vidjeti presudu Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, t. 4.) i, s obzirom na njegovo stalno potvrđivanje, presude Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, t. 94.); ERG i dr. (C-378/08, EU:C:2010:126, t. 32.); Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, t. 42.); Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, t. 27.); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, t. 61.) i Križan i dr. (C-416/10, EU:C:2013:8, t. 68.).

25 — Presuda Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, t. 14. i navedena sudska praksa)

26 — Vidjeti presude Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, t. 45.), koje upućuju na točke 39., 45. i 46. presude Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278) i A (C-112/13, EU:C:2014:2195, t. 38.).

66. Sukladno članku 1. stavku 2. zakonodavnog dekreta br. 373 od 24. prosinca 2003., Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana sastavljen je od dvaju vijeća koja čine dva lokalna vijeća Consiglia di Stato. Je li on sud u smislu članka 267. UFEU-a stoga nije dovedeno u pitanje te je nesporna njegova mogućnost da Sudu uputi prethodno pitanje [27].

67. U tim okolnostima, jedino pitanje koje se moglo postaviti jest treba li, s obzirom na obvezu upućivanja općoj sjednici propisanu člankom 99. stavkom 3. Zakonika o upravnom postupku, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana smatrati nacionalnim sudom protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka u smislu članka 267. trećeg stavka UFEU-a ili se odluka tog suda može pobijati sudskim putem.

68. U drugom slučaju, sud koji je uputio zahtjev *slobodan* je uputiti Sudu svoja pitanja ako smatra da bi zbog ocjene prava višeg suda mogao donijeti presudu koja bi bila suprotna pravu Unije. U prvom slučaju, sud koji je uputio zahtjev, naprotiv, *dužan* je uputiti Sudu zahtjev za prethodnu odluku ako posumnja u sukladnost s pravom Unije pravnog načela koje uspostavi opća sjednica Consiglia di Stato.

69. Kao što sam već naveo, članak 1. stavak 2. Zakonodavnog dekreta br. 373 od 24. prosinca 2003. propisuje da je Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana sastavljen od dvaju vijeća koja čine dva lokalna vijeća Consiglia di Stato.

70. Sukladno članku 6. stavku 1. Zakonika o upravnom postupku, „Consiglio di Stato upravni je sud koji odlučuje u posljednjem stupnju”.

71. Iako je, sukladno članku 111. posljednjem stavku Ustava, dopušteno podnošenje revizije protiv odluka Consiglia di Stato, ona se može podnijeti samo zbog razloga u vezi s raspodjelom nadležnosti među različitim talijanskim sudovima.

72. U tim okolnostima, na isti način kao što je Sud nedavno utvrdio da mogućnost podnošenja tužbe ustavnom sudu ograničene na ispitivanje eventualne povrede prava i sloboda koje jamči nacionalni ustav ili međunarodna konvencija ne dopušta utvrditi da se vrhovni sud ne može kvalificirati sudom protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka u smislu članka 267. trećeg stavka UFEU-a [28], predlažem da se ne dovodi u pitanje kvalifikacija Consiglia di Stato i lokalnih vijeća koja su njegov dio kao suda „posljednjeg stupnja”.

73. Corte suprema di cassazione u presudi br. 2403 donesenoj 4. veljače 2014. pred spojenim vijećima sam je ocijenio da u talijanskom sustavu upravnog sudstva Consiglio di Stato, njegova vijeća i opća sjednica bez razlikovanja moraju donijeti odluku kao sud koji odlučuje u posljednjem stupnju u smislu članka 267. trećeg stavka UFEU-a.

74. Čini mi se da obvezno upućivanje općoj sjednici Consiglia di Stato, propisano u članku 99. stavku 3. Zakonika o upravnom postupku, ne može utjecati na tu analizu, s obzirom na to da se ono ne može kvalificirati kao „pravni lijek” u smislu članka 267. trećeg stavka UFEU-a.

75. Naime, o tom postupovnom pravilu ne odlučuju stranke, nego samo vijeće Consiglia di Stato pred kojim se vodi spor. Usto, njegova primjena ne omogućuje izmjenu odluke nižeg suda nego, naprotiv, sudske prakse opće sjednice Consiglia di Stato.

27 — Nadalje ističem da je Sud već dao odgovor na više zahtjeva za prethodnu odluku koje mu je uputio Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (vidjeti presudu Valvo (C-78/07, EU:C:2008:171); rješenje Rizzo (C-107/11, EU:C:2012:96) i presudu Ottica New Line di Accardi Vincenzo (C-539/11, EU:C:2013:591)).

28 — Vidjeti presudu Križan i dr. (C-416/10, EU:C:2013:8, t. 72.).

76. Nadalje, sukladno sudskoj praksi Consiglia di Stato koju navodi talijanska vlada, za nepoštovanje članka 99. stavka 3. Zakonika o upravnom postupku ne postoji postupovna sankcija [29].

77. Stoga, sukladno cilju na kojem se temelji obveza iz članka 267. trećeg stavka UFEU-a, kada se pred Consigliom di giustizia amministrativa per la Regione siciliana pojavi pitanje u vezi s tumačenjem prava Unije, on bi trebao biti dužan to pitanje uputiti Sudu kako bi se spriječilo da se oblikuje (ili nastavi) praksa nacionalnog suda koja nije u skladu s pravilima prava Unije [30].

78. Točno je da je opasnost da se razvije nacionalna sudska praksa koja je protivna pravu Unije ograničena činjenicom da, ako se upućivanje odluke općoj sjednici Consiglia di Stato na temelju članka 99. stavka 3. Zakonika o upravnom postupku temelji na dovođenju u pitanje pravnog načela zbog njegove pretpostavljene suprotnosti pravu Unije, ta sjednica ne može *a fortiori* izbjeći svoju obvezu postavljanja prethodnog pitanja Sudu.

79. Međutim, unatoč tom aspektu postupka, nalazim barem dva razloga koji sprečavaju tumačenje članka 267. UFEU-a na način da zabranjuje vijeću Consiglia di Stato pred kojim se vodi spor da samo postavi pitanje Sudu, prije eventualnog upućivanja općoj sjednici.

80. S jedne strane, lišiti vijeće suda protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka mogućnosti postavljanja pitanja Sudu samo zbog toga što je opća sjednica tog istog suda to dužna učiniti bilo bi protivno stalnoj sudskoj praksi Suda, koja je uvijek priznavala „nacionalnim sudovima *najširu* mogućnost upućivanja pitanja Sudu ako smatraju da u predmetu koji je pred njima u tijeku postoje pitanja koja zahtijevaju tumačenje ili ocjenu valjanosti odredbi prava Unije nužnih za donošenje odluke u sporu koji se pred njima vodi” [31].

81. S druge strane, Sud je presudio da nacionalnom sudu pred kojim se vodi spor u vezi s pravom Unije, a koji smatra da odredba nacionalnog prava nije samo protivna pravu Unije nego je i neustavna, nije uskraćena mogućnost niti je oslobođen obveze, propisane člankom 267. UFEU-a, uputiti Sudu pitanja koja se odnose na tumačenje ili valjanost prava Unije zbog toga što za utvrđenje neustavnosti pravila nacionalnog prava obvezno treba pokrenuti postupak pred ustavnim sudom [32].

82. Sud je presudio da se taj članak Ugovora protivi zakonodavstvu države članice koje propisuje incidentalni postupak za ocjenu ustavnosti nacionalnih zakona, ako prvenstvo tog postupka sprečava nacionalni sud u izvršavanju svoje mogućnosti ili svoje obveze da uputi Sudu prethodna pitanja prije upućivanja pitanja o ustavnosti nacionalnom sudu zaduženom za nadzor ustavnosti zakona kao i, ovisno o slučaju, nakon odluke tog suda o tom pitanju [33].

83. Takvo rješenje u ovom je slučaju to nužnije s obzirom na to da predmetna odredba obvezuje Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana da ustupi nadležnost općoj sjednici Consiglia di Stato, za razliku od pitanja prvenstva ustavnosti, o kojem je riječ u predmetu u kojem je donesena presuda Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363). Naime, sukladno članku 99. stavku 4. Zakonika o upravnom postupku, kada je predmet upućen općoj sjednici Consiglia di Stato, ona „će odlučiti o ukupnom sporu, osim ako odluči donijeti odluku o pravnom načelu i u ostalom dijelu predmet vratiti vijeću koje joj je predmet uputilo”.

29 — Presuda br. 4185 od 6. kolovoza 2014., treće vijeće Consiglia di Stato

30 — Presuda Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, t. 14. i navedena sudska praksa)

31 — Presuda Križan i dr. (C-416/10, EU:C:2013:8, t. 64. i navedena sudska praksa). Moje isticanje.

32 — Vidjeti presude Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, t. 45.), koje upućuju na točke 39., 45. i 46. presude Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278) i A (C-112/13, EU:C:2014:2195, t. 38.).

33 — Presuda Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, t. 57. i izreka). Vidjeti također presudu A (C-112/13, EU:C:2014:2195, t. 46. i izreka).

84. Čini mi se da sama činjenica da se u postupovnom sustavu o kojem je riječ u glavnom postupku ne radi o obveznom i prethodnom upućivanju drugom sudu, nego općoj sjednici suda pred kojim se vodi glavni spor, ne opravdava odstupanje od različitih načela koja su oblikovala široko tumačenje članka 267. UFEU-a i od slobode tog nacionalnog suda da postavi prethodno pitanje Sudu.

85. Točno je da Sud još nije bio pozvan donijeti odluku o toj pojedinosti. Međutim, čini mi se da rješenje iz presude Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) ide u prilog predloženoj analizi i da se može primijeniti, *mutatis mutandis*, u predmetu pred sudom koji je uputio zahtjev.

86. Naime, u tom predmetu, gdje je nacionalni sud zahtijevao od Suda da odluči treba li njega ili sud Beneluxa smatrati nacionalnim sudom protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka i koji je na temelju toga dužan uputiti Sudu pitanje sukladno članku 267. trećem stavku UFEU-a, Sud je zaključio da se oba suda mogu smatrati dužnima uputiti pitanje Sudu u smislu članka 267. trećeg stavka UFEU-a, ako se pred njima pojavi pitanje u vezi s tumačenjem prava Unije.

87. Međutim, u takvoj situaciji Sud je presudio da mu dva suda zapravo nisu dužna uputiti pitanje, jer autoritet tumačenja na temelju članka 267. UFEU-a može „oduzeti razlog i sadržaj obveze [zahtjeva za prethodnu odluku]” [34].

88. Iako je riječ o dvama odvojenim sudovima, ta konkretna situacija nije manje slična situaciji vijeća Consiglia di Stato i njegove opće sjednice: oboje su nacionalni sudovi protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka.

89. Stoga mi se čini da se obrazloženje Suda u presudi Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) može prema potrebi prenijeti u ovaj predmet: „ako se sud poput [vijeća Consiglia di Stato] prije [upućivanja općoj sjednici] koristio svojom mogućnošću podnošenja postavljenog pitanja Sudu, autoritet tumačenja Suda može osloboditi sud poput [opće sjednice Consiglia di Stato] njegove obveze da postavi suštinski jednako pitanje prije donošenja presude. Obratno, u nedostatku prethodnog podnošenja pitanja Sudu suda poput [vijeća Consiglia di Stato], sud poput [opće sjednice Consiglia di Stato] dužan je podnijeti postavljeno pitanje Sudu, čija odluka onda može osloboditi [vijeće Consiglia di Stato] obveze da postavi suštinski jednako pitanje prije donošenja presude” [35].

3. Međuzaključak

90. Na prvome mjestu, ako pravno načelo proglašeno u presudi br. 4/2011 i izmijenjeno u presudi br. 9/2014 ne bi bilo moguće tumačiti u skladu s člankom 1. stavkom 3. Direktive 89/665, kako ga je objasnio Sud u presudi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) i u ovom postupku, sud koji je uputio zahtjev ne bi ga smio primijeniti.

91. Na drugome mjestu, smatram da se članak 267. UFEU-a protivi odredbi poput članka 99. stavka 3. Zakonika o upravnom postupku, tumačenoj na način da nalaže vijeću suda protiv čijih odluka nema pravnog lijeka, ako se ne slaže s pravnim načelom koje ustanovi opća sjednica tog istog suda, da joj uputi odluku koja je predmet tužbe bez mogućnosti prethodnog postavljanja prethodnog pitanja Sudu.

34 — Presuda Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, t. 29.)

35 — Presuda Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, t. 29.). Naime, valja primijetiti da, sukladno članku 99. stavku 4. Zakonika o upravnom postupku, opća sjednica može odlučiti o sporu u cijelosti ili odlučiti da će donijeti odluku samo o pravnom načelu, a u ostalom dijelu uputiti predmet vijeću koje joj ga je uputilo.

92. Stoga, osim ako bi se članak 99. Zakonika o upravnom postupku tumačio na način sukladan pravu Unije, vijeće Consiglia di Stato koje želi postaviti pitanje Sudu na temelju članka 267. UFEU-a moralo bi ne primijeniti članak 99. stavak 3. Zakonika o upravnom postupku. Naime, „[n]a temelju načela nadređenosti prava [Unije], sukob između odredbe nacionalnog prava i neposredno primjenjive odredbe Ugovora nacionalni sud rješava primjenom prava [Unije], ostavljajući prema potrebi neprimijenjenu protivnu nacionalnu odredbu, a ne proglašavanjem ništetnosti nacionalne odredbe, pri čemu nadležnost tijela i sudova u tom smislu treba utvrditi svaka država članica” [36].

VI – **Zaključak**

93. S obzirom na prethodno navedena razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana odgovori na sljedeći način:

1. Tumačenje članka 1. stavka 3. Direktive Vijeća 89/665/EEZ od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima, kako je izmijenjena Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007., u presudi Fastweb Suda Europske unije (C-100/12, EU:C:2013:448) primjenjuje se i u slučaju u kojem, s jedne strane, tužbu podnese samo jedan ponuditelj iako je više poduzetnika sudjelovalo u postupku javne nabave i ako, s druge strane, uspješni ponuditelj podnese protutužbu u okviru istog postupka te ako i ponuditelj tužitelj i uspješni ponuditelj imaju valjan interes za isključivanje drugoga gospodarskog subjekta.

2. Ako je odredbu direktive već tumačio Sud Europske unije, nacionalni sud protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka mora tumačiti nacionalno pravo sukladno smislu koji je pojasnio Sud Europske unije, a ako se takvo tumačenje pokaže nemogućim, mora ostaviti predmetnu odredbu nacionalnog prava neprimijenjenom, pri čemu nije dužan ni spriječen prethodno Sudu uputiti zahtjev za prethodnu odluku.

Članak 267. UFEU-a protivi se odredbi poput članka 99. stavka 3. talijanskog Zakonika o upravnom postupku, tumačenoj na način da nalaže vijeću suda protiv čijih odluka nema pravnog lijeka, ako se ne slaže s pravnim načelom koje ustanovi opća sjednica tog istog suda, da joj uputi odluku koja je predmet tužbe bez mogućnosti prethodnog postavljanja prethodnog pitanja Sudu Europske unije.

36 — Presuda Filipiak (C-314/08, EU:C:2009:719, t. 82.)